



Roj: **SAP TO 1569/2020 - ECLI:ES:APTO:2020:1569**

Id Cendoj: **45168370022020100335**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **2**

Fecha: **19/10/2020**

Nº de Recurso: **239/2019**

Nº de Resolución: **192/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FLORENCIO RODRIGUEZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

TOLEDO

SENTENCIA: 00192/2020

Ro llo Núm. 239/2019

Juzg. 1ª Inst. Núm. 4 de Talavera de la Reina (Toledo)

Juicio ordinario número 317/2017

SENTENCIA

AU DIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION SEGUNDA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. RAFAEL CANCER LOMA

D. ALFONSO CARRIÓN MATAMOROS

D. FLORENCIO RODRÍGUEZ RUIZ

En la Ciudad de Toledo, a diecinueve de octubre de dos mil veinte.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SE NTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 4 de Talavera de la Reina (Toledo), en el juicio ordinario núm. 317/2017, sobre cláusula suelo, en el que han actuado, como apelante D. Leandro, defendido por D. Rafael Bueno Faundez y representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Dª. María Luisa García, y como apelada Banco Popular SA., representada por D. Alicia Oliva Collar y defendida por Dª. Rocío Archilla Hervás,

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. Florencio Rodríguez Ruiz, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES



PRIMERO: El Juzgado de 1ª Instancia Núm. 4 de Talavera de la Reina (Toledo), con fecha 19 de marzo de 2018, dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA indica: "ESTIMO la demanda interpuesta Leandro representado por el Procurador Sr. Bueno Felipe contra BANCO DE CASTILLA (BANCO POPULAR ESPAÑOL SA)1.-DECLARO La nulidad por abusividad de la Cláusula 3.3 del **contrato de préstamo** hipotecario de 1 de marzo de 2002 que establece que: "No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este **contrato** será del 4,95%."Y CONDENO a la demandada:1.1.-A estar y pasar por la declaración anterior y a abstenerse de aplicar en el futuro la indicada cláusula, manteniendo el **contrato** su vigencia respecto al resto de cláusulas.1.2.-A restituir al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: La demandada habrá de restituir al prestatario las cantidades cobradas en cada una de las cuotas del **préstamo**, en concepto de intereses ordinarios, que excedan de la estricta aplicación del tipo de interés remuneratorio pactado que le fuera aplicable en cada cuota y que hayan sido cobradas en aplicación de las cláusulas suelo del 4,95% desde la fecha de formalización de la escritura de subrogación en el **préstamo** hipotecario el 1 de marzo de 2002, o desde su aplicación hasta la efectiva supresión de la cláusula o hasta el hasta 14/06/2004 fecha en que se firmó escritura de novación-modificación contractual. Lo que se calculará en ejecución de sentencia. Así mismo se condena a la demandada a abonar los intereses legales de las diferencias anteriores desde la fecha de su respectivo cobro hasta el pago.2.-DECLARO La nulidad por abusividad dela estipulación contenida en la cláusula 4.3 del **préstamo** de 1/03/2002 que establece una comisión por posiciones deudoras de 30,05 Euros en lo referente a la cuantía establecida de 30,05€ como comisión por reclamación. Teniendo por no puesta dicha cantidad.3.-Se condena en costas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución y por la representación de D. Leandro , dentro del término establecido, se interpuso recurso de apelación, y personado el recurrente se formó el oportuno rollo, que siguiendo por sus trámites a dado lugar a la celebración del correspondiente juicio, donde la parte apelante ha solicitado su revocación, en tanto que el apelado instaba su confirmación.

SE CONFIRMAN los antecedentes, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso de apelación la representación de D. Leandro contra la sentencia de instancia en base a los siguientes motivos: que en la escritura de 2004 únicamente se modificó el capital prestado, pero no el tipo de interés aplicable; que la jurisprudencia del TJUE no permite moderar el contenido de cláusulas abusivas; que la parte demandante no ha renunciado a la aplicación de los plenos efectos de la nulidad de una cláusula abusiva; ineficacia de la novación; incongruencia de la sentencia; que no concurrió una novación extintiva; que en la primera instancia se debió controlar la posible abusividad de la novación.

La parte demandada impugna la sentencia en lo concerniente a la validez y licitud de la comisión por posiciones deudoras y a la condena en costas, al considerar que existen dudas de derecho sobre las cuestiones controvertidas.

SEGUNDO.- El objeto del presente recurso de apelación se ciñe, en primer lugar, a precisar la naturaleza y efectos que merece otorgar al pacto novatorio que las partes estipularon el 14 de julio de 2004, el cual no fue inicialmente aludido en la demanda que dio inicio al presente procedimiento.

Hemos de mencionar que, inicialmente, las partes otorgaron una escritura de **préstamo** hipotecario en la que se estipuló un inicial tipo de interés fijo desde el 1 de marzo de 2002 hasta el 4 de febrero de 2003 y, ulteriormente, un tipo de interés variable, consistente en el IRPH más un diferencial del 0,250%, aunque con un límite mínimo del 4,95%.4 (cláusula suelo).

Según argumenta la parte demandada en su contestación a la demanda, la escritura de novación ulterior previó la aplicación, durante un período temporal, concretamente, desde el 14 de junio de 2004 hasta el 4 de julio de 2005, de un tipo de interés fijo del 4,95% estableciéndose con posterioridad un tipo remuneratorio variable que adoptaba también como índice el IRPH más 0,250%, con un límite mínimo nuevamente del 4,95%, es decir, con una cláusula suelo similar a la establecida en el **contrato de préstamo** originario.

La parte demandada invocó en su contestación de la demanda que la novación del **contrato de préstamo**, suscrita en 2004, conllevó un conocimiento por parte del consumidor de las consecuencias que iba a conllevar la aplicación de la cláusula suelo durante el desarrollo del resto de tiempo que duraría la ejecución del **contrato**.



La existencia de esta escritura de novación fue aducida por la parte demandada y no fue contradicha por la actora en el trámite de la audiencia previa, por lo que la concurrencia de esta novación puede ser calificada como hecho admitidos por ambas partes ex artículo 281 LEC.

Pero ello no impide reconocer que este Tribunal, al igual que el juez de primera instancia, no tengan elementos suficientes para valorar si la cláusula suelo estipulada en la segunda escritura pública gozó de la necesaria transparencia, dado que la misma no consta en las actuaciones.

Es cierto que es a la parte prestamista, y no a la prestataria, a quien le correspondía acreditar que la contratación que se desarrolló sobre la cláusula suelo gozaba de la necesaria transparencia, en la doble dimensión que ha sido concebida por nuestra doctrina jurisprudencial (control de incorporación y el control de transparencia *strictu sensu*, según desarrolla la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras posteriores del mismo Tribunal). Hemos de partir de que el predisponente es quien tiene atribuida la obligación de facilitar la información necesaria en los **contratos** concertados con consumidores. Así se indica en numerosas resoluciones de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, v.gr, sentencia núm. 188/2019 de 27 de marzo, a cuyo tenor: "(...) El control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del **contrato**". En coherencia con lo anterior, hemos de colegir que pesa sobre la demandada la carga de la prueba en relación al cumplimiento suficiente de la obligación que le incumbe, conforme al principio de facilidad y disponibilidad probatoria contenido en el artículo 217.7 LEC. Resulta impensable hacer recaer sobre el consumidor la prueba negativa de que la entidad bancaria no ha cumplido de modo suficiente con sus obligaciones informativas. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la falta de constancia del cumplimiento de estas obligaciones siempre ha perjudicado al predisponente (v. gr., STS, Sala 1ª, núm. 669/2018 de 26 de noviembre).

No obstante, entendemos que esta doctrina que no puede alcanzar la imposición a la parte prestamista de la carga de aportar los **contratos** en los que la parte prestataria fundamenta su reclamación. Es por lo expuesto que, considerando congruente el pronunciamiento formulado en la instancia, procede su confirmación, en la medida en que ni se ha solicitado en la demanda inicial la declaración de nulidad de la escritura de novación ni constan elementos mínimos de prueba sobre la misma para pronunciarse sobre la naturaleza de las estipulaciones comprendidas en ella.

Ello no será óbice para que los demandantes puedan interponer nueva demanda en la que soliciten la declaración de abusividad de la cláusula suelo contemplada en la escritura de novación ulteriormente suscrita.

TERCERO.- Impugna la entidad de crédito la sentencia de instancia al entender que la comisión por posiciones deudoras es lícita y no debe ser declarada abusiva.

En la sentencia del TS, de 25 de octubre de 2019 (número 3315/2019), el mismo declaró: "La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de **préstamos**, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.

Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el **contrato**; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática.



Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión.

Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial).

4.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el **contrato** la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales:

"No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del **contrato** en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del **préstamo**, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

5.- Precisamente, la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el **contrato**, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU."

Dados los términos en los que está redactada en el presente **contrato de préstamo**, que prevé su devengo automático, es procedente confirmar el pronunciamiento dictado en la instancia y declarar la abusividad de esta cláusula, al ser ello conforme con las directrices jurídicas emanadas de la resolución ya citada, dictada por el TS.

CUARTO.- Solicita la parte demandada que las costas no se impongan a la misma porque existen dudas de derecho. Sobre esta cuestión, la reciente STS sentencia 472/2020, de 17 de septiembre, ha declarado que, en virtud del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, aunque el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor nunca debe hacerse cargo de los costos de su defensa y representación si todas sus pretensiones son estimadas. De no ser así, podría crearse un efecto disuasorio. Además, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva, argumenta el tribunal. Por ello, procede desestimar la pretensión invocada por la parte demandada, dado que la pretensión invocada en la demanda ha sido estimada, la declaración de nulidad de la cláusula suelo, aunque la misma ha sido limitada en cuanto a sus efectos debido a la existencia de otra escritura pública posterior que suscribieron las partes.

Las costas generadas en este recurso se imponen a la parte recurrente, ex artículo 398 LEC. Las costas por la impugnación de la sentencia formulada por la parte demandada se imponen a esta última, ex artículo 398 LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Leandro debemos **CONFIRMAR** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 4 de Talavera de la Reina (Toledo), con fecha 19 de marzo de 2018, en el procedimiento juicio ordinario número 317/2017, de que dimana este rollo. Se condena en las costas causadas por este recurso a la parte apelante. Las costas derivadas de la impugnación de la sentencia, formuladas por la parte demandada, se imponen a esta última.



De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional décimo quinta L.O. 1/09 se hace saber a las partes que no se admitirá a trámite ningún recurso, sino se justifica la constitución previa del depósito para recurrir en la cuenta de depósitos, lo que deberá ser acreditado.

Nº de c/c 4328 0000 + clave + nº de procedimiento y año.

Claves:

00 (reposición) (25 euros).

01 (revisión resolución secretario) (25 euros).

02 (apelación) (50 euros).

03 (queja) (30 euros).

04 (infracción procesal) (50 euros).

05 (revisión de sentencia) (50 euros).

06 (casación) (50 euros).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firma mos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Florencio Rodríguez Ruiz, en audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ